

MARTA HANNA

Universidad Católica de Cuyo
San Luis - Argentina

Costumbre y Derecho

1. Introducción

En nuestros días, cualquier novel estudiante de Derecho ha aprendido que éste tiene “fuentes”, una de las cuales es la *costumbre*. Aprende que ésta no es simplemente un modo habitual de proceder o de conducirse, sino que —en el ámbito jurídico— costumbre es toda práctica social habitual que posee fuerza de precepto.

Cuando dice “fuente del derecho” generalmente entiende “fuente de normas jurídicas”; esto es, el derecho entendido como “ley” puede originarse en la comunidad, la cual establece con su propio accionar reiterado y avalado por el grupo, aquellas conductas que se consideran debidas y que, por lo mismo, resultan esperables de los demás.

Puesto que legislar es propio, o bien de la comunidad toda, o bien de aquel que la gobierna legítimamente, tan “derecho” es aquel que procede de uno como el que procede del otro. Sin embargo, históricamente parece darse esta constante: en los inicios de una comunidad políticamente organizada, el derecho suele confundirse o no diferenciarse de la costumbre. No se trata de que sea *fuentes* del derecho, como ocurre cuando el legislador, a la hora de imponer leyes a una sociedad, considera las costumbres y prácticas de dicha sociedad en la materia a legislar. Se trata simple y llanamente de que, lo que se acostumbra en esa comunidad, tiene para sus miembros fuerza de ley.

Así ocurrió en Roma, según el parecer acorde de los autores. En sus orígenes, en los primeros tiempos de la Urbe, derecho y costumbre se identificaban. Antes que la jurisprudencia, mucho antes que las *legis actiones*, mucho antes aún que las *leges* o las *responsa prudentium*, fueron las *mores maiorum*, la infancia del derecho, la edad del derecho consuetudinario, la edad del “derecho incierto”, al decir de algunos juristas.

Quizás justamente por esto último, poco y nada se encuentra sobre el tema, tanto entre los juristas romanos cuanto entre los posteriores. Todos mencionan las *mores maiorum*, pero no explican mucho más. El alumno que se inicia en el estudio del Derecho se ve forzado a decir que los romanos se rigieron inicialmente por las *mores maiorum* —y toda su explica-

ción consistirá en agregar que éstas eran las *costumbres de los mayores* y que se referían a ciertos ritos necesarios para adquirir el poder sobre una cosa o para emanciparla— y que luego, con el crecimiento de la sociedad y la complicación de la trama de relaciones y de situaciones, ésto evolucionó hacia un derecho “cierto”, esto es, *escrito*, cuya primera sistematización fue la *Ley de las XII tablas*. Cuando llegue al punto referido a las fuentes del derecho, recitará el famoso texto de Gaius que omite mencionar entre ellas a la costumbre.¹

El objetivo de este trabajo es aportar algunas luces sobre este tema. Para ello, en primer lugar, delimitaremos el sentido de los términos castellanos empleados, a saber, derecho y fuente. Acotado este campo, indagaremos el sentido de la terminología latina por vía del análisis etimológico. Finalmente, procuraremos presentar el papel que jugaron las costumbres en la vida de Roma, no sólo en los tiempos del “derecho incierto” sino incluso en aquel del derecho escrito.

Forzosamente, nuestra investigación se quedará en el acotado campo de una aproximación o introducción, dado el carácter de este trabajo, que no pasa de ser una monografía. A esto se agrega la escasez de bibliografía específica y la imposibilidad, de momento, de profundizar en las fuentes.

2. Conceptos de derecho y de fuente

Abordar cualquier tema de derecho, buscando sus raíces en Roma, exige una tarea previa de depuración y precisión del lenguaje.² Es necesario hacerse cargo del quiebre producido en la Baja Escolástica que rompe la tríada *res-ratio-nomen* vigente en el pensamiento clásico, iniciando así un camino que conducirá finalmente a la negación de la *res* (o, al menos, a la imposibilidad de afirmar nada verdadero y universal sobre ella), a la alienación de la *ratio* (perdido su contacto con el mundo y confinada a la celda de su experiencia interna) y al vaciamiento del *nomen*, reducido a mero sonido causante, la más de las veces, de equívocos.³

Es preciso comenzar por delimitar el sentido de los términos a emplear. En primer lugar, para permitir el diálogo sobre una base común. En

¹ Nos referimos a *Instituta* L 1, 2: “En cuanto a los “iura” del pueblo Romano, los mismos surgen de las leyes, de los plebiscitos, de los senadoconsultos, de las constituciones imperiales (*constitutiones principum*), de los edictos emanados de quienes tienen el “ius edicendi”, de las respuestas de los prudentes (*responsa prudentium*) Traducción, notas e introducción DI PIETRO, A., Abeledo-Perrot (Bs. As 1987) p. 49.

² Otro tanto ocurre con las demás ciencias, tanto especulativas como prácticas.

³ Para el hombre antiguo, esta vinculación era tan estrecha que, a menudo, un mismo término significaba “cosa” y “palabra”. Tal es el alcance de DaBaR -*RBD*- hebreo o de *rema* -*ῥεμα*- griego. La palabra dice la cosa, lo que ella es; la palabra hacer referencia, siempre, a algo. La cosa, puesto que es inteligible para el hombre y en la medida en que de hecho lo es, puede ser nombrada por la palabra. La palabra hace las veces de la cosa en el discurso, y a ella remite, porque no es sino la cosa misma en cuanto entendida y presente a la inteligencia. Decir el nombre de algo, nombrarlo, era decir lo que la cosa es, su realidad profunda, sólo accesible a la inteligencia. En nuestros días, reducida a *flatus vocis* la palabra ha perdido su vinculación profunda con lo real, a pesar de que, quizás hoy más que nunca, se es consciente de su poder como vehículo de comunicación, inductora de conductas y actitudes, generadora de criterios e ideas.

segundo lugar, porque nos movemos en un campo que no cae directa e inmediatamente bajo nuestra experiencia; forzoso es, entonces, aproximarnos a él a través del lenguaje que funciona como "experiencia", pues no es sino "experiencia humano-social sedimentada".⁴

Empero, puesto que nuestro objetivo es delinear el concepto de *mores maiorum* no nos detendremos demasiado en los conceptos de *derecho* y *fuerza*. Para el análisis etimológico del primero puede verse el artículo de Soaje Ramos citado y la bibliografía que obra en nota.⁵ Para un estudio más detallado de las fuentes del derecho puede consultarse la obra de Cueto Rúa.⁶

2.1 El concepto de "derecho"

Nuestro término *derecho* tiene una doble significación, siendo la primera de orden físico y la segunda, relacionada con aquella, de alcance moral y, por ende, jurídico.

En el primer significado, derecho es sinónimo de recto; se dice de aquello que no presenta desviaciones ni torceduras, de lo que está erguido, de lo que se dirige a su fin sin desviarse, v.g. "camine derecho" o "la flecha voló derecho al blanco". Notemos que, en relación con este último sentido, lo usamos como sinónimo de justo, y así decimos que la flecha dio justo en el blanco. Ambas palabras reconocen etimologías distintas, no obstante lo cual, se vinculan por su sentido.

Por extensión y semejanza, ambas traspasan los límites del mundo físico e ingresan en el mundo de las conductas humanas. De un hombre se dice que es *derecho* para indicar que es honesto, recto, que observa una conducta digna, adecuada, justa, honorable.

Pero esto no agota el rico contenido conceptual de nuestro término. Pasando del ámbito moral al jurídico, *derecho* designa varias cosas diversas que guardan alguna semejanza. Se trata de un nombre análogo que se dice de cosas en parte distintas, en parte semejantes, según cierta propor-

⁴ El recurso al lenguaje es insoslayable en este tipo de trabajos precisamente por el papel de la palabra. Escribe al respecto Soaje Ramos: "Recordemos que los lenguajes que hablan los hombres son dialógicos; por ellos nos comunicamos en el diálogo. Y la palabras que integran los lenguajes, son también dialógicas en cuanto sus sentidos respectivos son entendidos tanto por el que habla como por el que escucha, o bien por el que escribe y por el que lee. Lo que importa sobre todo en las palabras es su *sentido* respectivo o su *significado*. (...) Ahora bien, en los sentidos de por lo menos algunas palabras está como condensada una cierta experiencia humana a escala colectiva. A esa experiencia remiten esos sentidos o significados. (...) En sus sentidos respectivos está condensada o sedimentada una experiencia de *lo que ellas significan*, experiencia colectiva ratificada en el curso de la historia. No es sólo este o aquel hombre el sujeto de tal experiencia. Son hombres, muchos hombres, pueblos enteros, los sujetos de esa peculiar experiencia." SOAJE RAMOS, G. "El concepto de Derecho. Examen de algunos términos pertinentes", *Circa Humana Philosophia*, III (1998), pp. 79-80.

⁵ LAMAS, F., *La experiencia jurídica*, I.E.F.S.T.A. (Bs. As. 1991) pp. 311-323; MASSINI CORREAS, C. *Filosofía del Derecho. El Derecho y los derechos humanos*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994, pp. 27-43. Para el concepto de derecho en general Cf. *Summa Theologiae*, II-II q. 57 a 1; *El concepto de derecho según autores tomistas: Circa Humana Philosophia*, III (1998), pp. 107-194; DI PIETRO, A., *La prudente tarea de interpretación en el derecho romano* (trabajo que nos fue facilitado por su autor y del cual carecemos de datos bibliográficos).

⁶ CUETO RÚA, J. *Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1999.

ción. Y, puesto que se dice de todas según alguna proporción, de alguna se dirá primera, propia y formalmente, de otras por analogía con aquella. Conviene entonces encontrar cuál es aquella cosa de la que se dice *derecho* primera y propiamente —esto es, el primer analogado—, para lo cual es de gran utilidad tener presente los significados ya vistos.

Si preguntamos al hombre común qué es el derecho, algunos dirán que es el conjunto de leyes que rigen un país. Otros seguramente se referirán a lo que llamamos “derecho subjetivo” y hablarán de aquellas cosas que son debidas al hombre en cuanto hombre, o en cuanto persona, o las que le reconoce y garantiza la Constitución, o menciona la Declaración de Derechos... Pero, si en lugar de preguntarles por el derecho, le preguntamos qué es lo justo, difícilmente alguno diga: las leyes. Pero Grullo dirá muy simplemente: lo que es de uno, lo que es propio o debido a cada uno, tal o cual cosa. En definitiva, la cosa misma en cuanto debida a alguien; eso que dado, reconocido, respetado u omitido *se ajusta* a lo que la ley manda o prohíbe y, más allá aún, lo que la ley debe mandar o prohibir si desea ser ley, esto es, ser justa.

El hombre de la calle carece de la ciencia jurídica pero, muchas veces, conserva íntegro su sentido común. No se le escapa que el meollo del asunto es *la cosa*; no las palabras, no las declaraciones, no las leyes.

Esto es lo que aparece en el lenguaje, que es “experiencia humano-social sedimentada”. Por lo tanto, en su sentido más propio, derecho es *lo debido a alguien*, la cosa suya, *ipsa res iusta* en la expresión de los clásicos.

Ahora bien, la expresión *lo debido a alguien* hace referencia a una relación en la cual hay dos términos y un fundamento. Los dos términos son *aquel cuyo es lo debido* y *aquel que lo debe*; el fundamento es la *ratio debiti* por la cual la cosa es debida a uno. Es evidente que, en su sentido primario, el término *derecho* hace referencia a una *conducta* que tiene como objeto la *cosa debida*. Así, decimos *derecho*:

1. de la cosa justa, debida en virtud de cierto título,
2. de la conducta recta, justa, que tiene por objeto la cosa.

Ambos son inseparables y como dos caras de una moneda. Puesto que *derecho* es la cosa misma debida, decimos que “el derecho (= lo debido) es objeto de la justicia”, la cual no es sino la “(constante y perpetua) voluntad de dar a cada uno lo suyo = su derecho”. Si atendemos a la conducta, podemos decir que “la justicia (dar a cada uno lo suyo) es el fin del derecho (= de la conducta recta)”.⁷

Sin embargo, aún no terminamos con las acepciones del término *derecho*. La relación de adecuación entre una cosa y aquél de quien es, o le es debida, se funda en algún título. Aquello que establece que tal cosa es debida a alguien obra como regla y medida de la conducta justa. Da razón del derecho y pauta la conducta recta. Esta regla o medida de lo justo es la *norma*, la cual también puede denominarse por ello *derecho*. No porque

⁷Mientras los griegos pusieron el acento en la cosa justa, los romanos atendieron principalmente a la conducta. Cf. LAMAS, F., *La experiencia*. pp. 298-307.

en sí misma lo sea, sino porque es “*cierta razón del derecho*”, causa o principio de aquel.⁸ Al respecto escribe Lamas:

Del análisis etimológico del término “Derecho”, y aun de su semántica no jurídica, resultó que la idea central de la cual era signo era la de rectitud en función de una determinada dirección. Dicha rectitud, a su vez, se vinculaba con una regla o norma de derechura que, por su parte, consiste en un principio extrínseco de rectitud. Ahora bien, siendo el Derecho algo recto, cabe preguntarse cuál es el principio de su derechura. Y así aparece la norma jurídica, como principio formal extrínseco del Derecho o, lo que es lo mismo, su modelo o patrón de derechura.⁹

Finalmente, aquel a quien la cosa es debida tiene en relación con ésta un *derecho*. Con más exactitud habría que decir que la cosa misma es su derecho; no obstante, desde fines del siglo XVI, se denomina derecho a lo que el sujeto puede en relación con la cosa. Francisco Suárez difundió la expresión *derecho subjetivo* para referirse a “la facultad moral que cada uno tiene sobre la cosa suya o sobre aquella que se le debe”.¹⁰ Derecho *subjetivo* porque pone el acento en el sujeto de esa potestad, por contraposición a derecho *objetivo* que no es sino *ipsa res iusta*, esto es, el objeto de la justicia.¹¹

Resumiendo, el término “derecho” tiene cuatro acepciones principales (tres, si atendemos al hecho que la conducta y la cosa son inseparables): la *cosa debida*, la *norma jurídica* y la *facultad*.

2.2 El concepto de “fuente”

Pasemos al segundo término en cuestión: *fuelle*. El diccionario nos ofrece una multitud de acepciones. En cuanto deriva del latín *fonsfontis*, la raíz conceptual significa “origen o causa de algo que emana de allí”. Fuente es el manantial de donde fluye el agua y el agua misma que brota de la tierra; por extensión, es fuente todo aquello a partir de lo cual algo procede, particularmente un líquido —en sentido propio—; también, la construcción arquitectónica de la que mana agua. En sentido figurado, es el principio, origen o causa de una cosa. Evidentemente, es en este sentido figurado que entra en la expresión “fuentes del derecho”.

2.3 La expresión “fuente del derecho”

Todo lo anterior no alcanza por sí solo para dilucidar el alcance de esta expresión. En efecto, *fuelle del derecho* puede significar tres cosas:

⁸ *Summa Theologiae*, II-II q. 57 a 1. La ley es causa ejemplar del derecho puesto que se da para proponer a los súbditos modelos de conducta adecuadas a lo justo, procurando hacer buenos a los hombres y afianzar así la concordia política (II-II 92, 1) Es también causa eficiente del derecho, en cuanto fija las conductas debidas y las ordena en vistas del Bien común, asegurándolas con la coerción. Cf. VIGO, R., *Las causas del Derecho*, Abeledo-Perrot, (Bs.As., 1983), cap. IV y V.

⁹ LAMAS, F., *La experiencia*, p. 316.

¹⁰ SUÁREZ, F., *De legibus ac Deo legislatore*, I, 2, 5 citado por LAMAS, F., *La experiencia*, pp. 317-21.

¹¹ Modernamente, con el auge del normativismo y del positivismo, la expresión “derecho objetivo” suele reservarse para la ley, por ser ésta la que establece qué es lo debido.

1. el origen o causa del derecho: *fuentes generadora*; nos referimos a la autoridad de la que emana el derecho;
2. la expresión visible o inteligible del derecho: *fuentes cognoscitiva*;
3. el fundamento de validez del derecho, lo cual variará según qué entendamos por *derecho*.

Esto plantea otro interrogante: ¿cuál es el alcance de la expresión *fuentes del derecho*? Porque, si reducimos *derecho* a *norma* y *fuentes* a origen o *autoridad*, el asunto se simplifica; mas si, fieles a la cosa, atendemos a la analogía de ambos términos, nuestra expresión se abre como un abanico de posibilidades: fuente generadora de la norma, fuente generadora de la facultad, fuente generadora de la razón de débito, fuente cognoscitiva de lo justo, fuente cognoscitiva de la ley, etc..¹²

Si tomamos la expresión para referirnos a las fuentes cognoscitivas de lo justo objetivo, tales serían: la ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia.¹³

De las cuatro, tomaremos a la costumbre.

3. Análisis etimológico

En Roma, se acuñaron dos términos que nosotros podemos traducir correctamente por *costumbre*: *mos-moris* y *consuetudo-dinis*. No obstante, no se usaron estrictamente como sinónimos pues, aún cuando ambos designasen realidades semejantes, en el uso las significaban por aquello que las distingue. *Mos* será el término que se vincule con otros de alcance jurídico: a saber, *ius*, *lex* y *fas*. Para completar el panorama, parece conveniente agregar a la lista anterior los nombres *habitus* y *usus*.

3.1 *Mos-moris*

La palabra que dará origen a nuestro término "moral" tiene un rico contenido conceptual. El Diccionario de la Lengua Latina de Macchi trae las siguientes acepciones: 1- costumbre, manera, uso, práctica; 2- ley, regla; 3- el derecho introducido y no escrito; 4- conducta, proceder; 5- naturaleza,

¹² Cueto Rúa entiende que, dados los ejemplos que presentan los autores, la pregunta por las fuentes del derecho es la pregunta por la norma aplicable al caso concreto. "Las fuentes son, justamente, los criterios de objetividad de que disponen jueces, abogados y juristas para alcanzar respuesta a los interrogantes de la vida social que sean susceptibles de ser compartidos por los integrantes del núcleo". Destacamos que no entiende "objetividad" como lo que responde al ser mismo de la cosa, sino como "la posibilidad de que sea compartido y aceptado por la comunidad... posibilidad de objetividad (que) radica, de acuerdo con Husserl, en que la vivencia cognoscente se constituya, no sobre un yo como sujeto, sino sobre un nosotros como sujeto" Cf. CUETO RUA, J., *Fuentes*, pp. 14-15 y 18-19. Por su parte, destaca que tratándose de un tema tan controvertido se encuentre escasamente tratado.

¹³ "Hechos sociales, susceptibles de verificación directa, en los que se traduce un determinado criterio para la solución de los conflictos de intereses". CUETO RUA, J., *Fuentes*, p. 20. Este autor presente otra división de las fuentes, a saber: *formales*: las normas obligatorias emanadas del legislador y del juez, extraídas de la costumbre y, excepcionalmente, propuestas por la doctrina; y *materiales*: factores generales que gravitan sobre el ánimo del legislador y del juez, siendo el principal la costumbre.

voluntad, antojo, capricho. Se opone a exceso (*Sine more*, Virg., sin regla, con exceso), a extraordinario (*Supra morem*, Virg., más allá de lo acostumbrado, extraordinario).¹⁴ *Mos* se alitera a menudo con la voz *modus*, de donde viene a significar *a la manera de*.

Por su parte, el Diccionario etimológico agrega:

Manière de se comporte, façon d'agir, physique ou morale, déterminée non par la loi, mais par l'usage. Désigne aussi souvent la coutume: *mos est institutum patrium*, i.e., *memoria veterum pertinens maxime ad religiones cæremoniaque antiquorum* F 146 3.¹⁵

Se trata, entonces, de un modo de conducirse que no obedece a un mandato legal o a una imposición de este tipo sino que, por el contrario, procede del uso reiterado. *Morem facit usus* (Ovidio). No obstante ello, guarda relación con la ley, sea positivamente, en cuanto que una costumbre conforme a las leyes da fuerza de vigencia a éstas, sea negativamente, en tanto que opuesta a la ley. Para ejemplificar, los autores traen a colación alguna citas, v. g., *mores leges perduxerunt iam in potestans suam*, 1043. *leges mori serviunt*, Cic Univ 11, 38; *legi morique parendum est*.

Mos se vincula conceptualmente con el griego τὸ ἔθος pues ambos términos significan básicamente lo mismo.

*Quia pertinet ad mores, quos ἠθη Græci vocant, nos eam partem philosophiæ de moribus appellare solemus. Sed decet augentem linguam Latinam nominare moralem.*¹⁶

La relación que Cicerón establece entre la palabra latina *mos-is*, bien que en plural y la griega es muy importante. En efecto, existen en griego dos términos semejantes y emparentados que, habitualmente no aparecen distinguidos en los comentaristas de nuestra lengua: τὸ ἔθος y τὸ ἠθος.

El primero significa *costumbre, uso, hábito*. Su raíz indoeuropea es *SjEC*, que pasa al latín como *SueSC*, justamente aquella de la que se seguirá el verbo *suesco-is-ere* que, como veremos, da origen al sustantivo *consuetudinis*. Pero hay algo más; la raíz original está emparentada con el pronombre reflexivo *se* (en griego *E*), con lo cual ἔθος significa *habituarse, hacer suyo propio, adquirir una segunda naturaleza*.¹⁷

El segundo significa propiamente *domicilio; estable, madriguera; lugar donde se habita*. Pero, en plural (τὰ ἠθής), significa *costumbres, usos y también carácter, índole*.¹⁸

Podríamos redondear el tema diciendo que *mos* designa **una manera habitual de conducirse que se sigue del carácter o modo de ser de la**

¹⁴ MACCHI, L. *Diccionario de la Lengua Latina. Latino-español; español-latín*, Don Bosco, (Buenos Aires, 1966, 6), Voz *Mos-moris*.

¹⁵ ERNOUT, A. et MEILLET, A. *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*, Kincksieck, (Paris, 1979), Voz *mos-moris*

¹⁶ ERNOUT, A.-MEILLET, A. *op. cit.*, Voz *mos-ris*.

¹⁷ Cf. BALAGUÉ, M. *Diccionario Griego-español*, C.B.E.S.A., (Madrid, 1960), voz *mos-ris* FORTOYNONT, V. *Vocabulario griego. Comentado y basado en textos*. Sal Terraz, (Santander, 1954), p. 131.

¹⁸ Cf. BALAGUÉ, M. *Diccionario Griego-español*, C.B.E.S.A., (Madrid, 1960) voz ἠθος.

persona, no entendiendo a ésta al modo del individualismo dieciochesco, como un ser aislado, sino en el entramado de relaciones que, como raíces existenciales, lo vinculan con sus antepasados, con una tierra, con unos dioses. En su sentido más propio, relaciona esa manera habitual de comportarse con algún principio intrínseco a la persona, tal como se desprende de la presencia del pronombre reflexivo y de la significación de *mos* como *carácter* (en este caso, generalmente en plural *mores*). Es iluminadora la cita de Cicerón al respecto.

Ernout y Meillet destacan que *mos* es un término que, no menos que *fas*, carece del correspondiente en otras lenguas.¹⁹

3.2 *Consuetudo-dinis*

Es un término compuesto sobre la base del tardío *suetudo*, vinculado con el verbo *suesco-is-sueui-suetum-suescere* que significa *acostumbrarse a*.²⁰ Por el carácter reflexivo de la raíz indoeuropea, el verbo indica lo que es propio (o hecho propio, apropiado) de un individuo, de un grupo de hombres, etc. Ya hemos dicho que se vincula con el griego τὸ ἔθος y sus significados de *costumbre*, *carácter* y *lugar donde se tiene*.²¹

De aquel verbo madre se deriva *consuesco-is-ere*, para el cual Macchi recoge las siguientes acepciones: 1- *a.* acostumbrar, habituar a; 2- *n.* tener costumbre, acostumbrarse; tener comercio con. Por extensión, común (*Consuetissima verba*, Ov., palabras muy comunes).

La preposición *cum* (*con*), en las palabras compuestas, añade la idea de: estar o hallarse juntos, como en *convivor*; reunir dos o más en uno, como en *compono*; perfección o aumento y da una fuerza intensiva a la palabra simple, como en *commendo* (recomendar expresamente). En el caso de *consuetudo*, evidentemente el prefijo le añade intensidad.²²

3.3 *Habitus-us*

Habitus es un sustantivo derivado del verbo *habeo-es-ere-ui-itum* que inicialmente significa *tener y tenerse*; luego, *poseer, ocupar* y, finalmente, *haber* en el sentido fuerte. Podríamos decir que, en esta evolución del vocablo señalada por Ernout-Meillet (que se repite en numerosas lenguas), se nota una suerte de “internalización” del objeto, de aquello que se tiene o posee, que puede ser tanto una cosa, externa y distinta del sujeto, como algo muy suyo, interior o intrínseco.

Transitif et absolu “tenir” et “se tenir”; puis, “posséder, occuper” et finalement “avoir” ... c’est ce sens de “(se) tenir” qui explique *habitus-us* m. “maintien” (cf. gr ἔθος, repris par le fr. *habit*, irl. *aibit*, et ses dérivés: *habitud*, (...), *habituor* “avoir telle manière d’être” (Cæl. Aur.), et l’adjectif de

¹⁹ “Sans doute mot indo-européen qui, pas plus que *fas*, n’a hors du latin un correspondant.” ERNOUT, A. et MEILLET, A.

²⁰ Cf. *supra* su raíz indoeuropea.

²¹ Cf. ERNOUT, A. et MEILLET, A., *op. cit.* Voz *suesco-is-sueui, suetum, suescere*.

²² Cf. MACCHI, *op. cit.*

la langue grammaticale habituus (Char.) s'appliquant aux verbes indiquant l'état; *habilis* "qui tient bien, bien en main" (...).²³

Así, el sustantivo designa: 1- actitud, porte exterior, aire, presencia, postura; 2- el vestido, el traje, lo que se lleva encima; 3- cualidad permanente, estado (en el sentido propio de la raíz indoeuropea *STa*, que designa algo permanente y, en cierta medida, inconvencional), complejión; 4- hábito, costumbre, en cuanto se refiere a una conducta habitual.²⁴ A esto se puede agregar además, en un sentido más lato: la constitución (de los cuerpos), la disposición (del hombre), las circunstancias (de los tiempos), el carácter general (del estilo)²⁵.

El término ingresa de propio derecho en el ámbito jurídico toda vez que, como su equivalente griego, puede ser seguido de un infinitivo, significando en este caso: "tener que...", en el sentido de "obligación", "deber". Así, *habeo* se relaciona con *debeo* "tenir de quelqu'un", de là 'devoir'²⁶. Así, un deber no es sólo algo que "se tiene que hacer", sino algo que "se tiene", a modo de una carga o de un vínculo ineludible (obligación).

3.4 *Usus-us*

Usus es un sustantivo masculino derivado del verbo *utor-eris-uti-usus-usum*. El verbo, deponente con ablativo, significa: 1- usar, hacer uso de, servirse de, emplear; 2- gozar, tener, poseer. De donde, *Decet bene amicitia utier (uti)*, Plauto, puede traducirse: "usar bien de la amistad" y "gozar de la amistad". En sentido derivado, se usa para decir "tener relación con".²⁷ Son numerosos los derivados de este verbo, que omitimos.

Por lo que respecta al sustantivo, significa: 1- uso, empleo, aprovechamiento; 2- amistad, trato, conocimiento de, familiaridad; 3- práctica, ejercicio, costumbre; 4- experiencia. Por analogía, designa "costumbre, experiencia". Por extensión, "utilidad, fruto, provecho".

4. Las *mores maiorum*

Todos los autores coinciden en que el Derecho Romano no comenzó con la Ley de las XII tablas. Mucho antes, desde que la pequeña población junto al Tíber comenzó a organizarse, un derecho embrionario ordenó la vida social. Tarea sumamente ardua es conocer aquellos orígenes.

²³ Cf. ERNOUT, A. et MEILLET, A., *op. cit.* Voz *habeo-es-ere-ui-utum*. Interrumpimos la larga enumeración por exceder el alcance de este trabajo. El término griego, derivado del verbo ἔχω, tiene diversas acepciones, a saber: posesión; hábito; temperamento, estado físico o moral; capacidad, aptitud; experiencia. Por su parte, ἔχω, *tr.* significa: tener, poseer; tener por esposa; tener relaciones ilícitas con; hospedar; contener; proteger; experimentar; retener; pensar, recordar, tener en la memoria; encerrar; calmar; retener consigo; salvar. *Intr.* dirigirse a, ir; extenderse, navegar; penetrar; ocuparse de, etc. Riquísimos matices presenta según esté conjugado en voz activa o en pasiva, dando origen a numerosas formas verbales y a verbos sustantivados. Cf. BALAGUÉ *Diccionario Griego-español*; FONTOYNONT *Vocabulario griego*.

²⁴ Cf. MACCHI, *op.cit.*

²⁵ Cf. MACCHI, *op. cit.*

²⁶ ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étimologique*. Nuevamente la lista de palabras relacionadas es omitida en este trabajo, en pro de la brevedad.

²⁷ Sólo ERNOUT-MEILLET recogen este significado.

Arangio-Ruiz sintetiza claramente las principales dificultades que obstaculizan el conocimiento de la Roma naciente, dificultades que afectan también a aquel del derecho primitivo.²⁸

Muy probablemente, fundada originalmente por etruscos, a mediados del s. VIII a.C., Roma se organizó como ciudad-estado, al modo de una πόλις griega, esto es, como “una agrupación de hombres libres, instalados en un pequeño territorio como propietarios y soberanos, todos ellos dispuestos a defenderla contra cualquier injerencia extranjera y conjuntamente partícipes, con mayor o menor intensidad, en las deliberaciones sobre medidas a adoptar en interés común”.²⁹

Como toda ciudad-estado, también la primitiva Roma contaba con tres órganos de gobierno: el o los jefes, el consejo de ancianos y la asamblea popular. El jefe o rey distaba mucho de serlo al estilo de las monarquías orientales, en las que es κύριος, dueño y señor de la tierra y de los hombres; entre los romanos, como también entre los griegos, el jefe era más bien el principal entre pares, alguien que representaba a la comunidad toda frente a los dioses, a las otras ciudades, al extranjero y al particular que alteraba el orden público.³⁰

Precisamente por su condición de representante de la comunidad ante los dioses patrios, tenía funciones sacerdotales. Él era el responsable del culto público, así como el padre lo era respecto de los dioses lares.³¹ Existía una estrecha relación entre el bien y prosperidad de la ciudad y el culto a los dioses patrios; prosperidad que no se reducía a la mera suficiencia de bienes materiales, ni siquiera sólo a la paz y a la tranquilidad pública. Análogamente a lo que ocurría en cada familia, a los Penates de la ciudad se le pedía la virtud, la justicia, la sabiduría.³² Y lo pedía el rey. Por lo mismo, también a él correspondía juzgar en el caso concreto, diciendo qué era lo justo.

²⁸Básicamente dos son las causas de incertidumbre: “la escasa confianza que merecen las noticias que los autores clásicos proporcionan acerca de la más antigua historia de Roma” porque se interpolan falsas genealogías, se atribuyen a la Roma primitiva instituciones republicanas, se agrupan en torno a un personaje o a un hecho “instituciones o actuaciones que se reputan conformes con él” y, la segunda, la abundancia de noticias de desigual valor, difícilmente jerarquizables. Cf. ARANGIO-RUIZ, V., *Historia del Derecho Romano*, Reus S.A., (Madrid 1994), pp. 1-17.

²⁹ARANGIO-RUIZ, V., *Historia del Derecho Romano*, p. 22.

³⁰Como “fiduciario o delegado de la comunidad” lo presenta ARANGIO-RUIZ.

³¹De la ciudad envuelta en llamas, salva Eneas a su anciano padre, a su hijo y a los dioses Penates. Anquises, como padre y el varón más anciano, será el responsable del culto (“Toma en tus manos, padre, los objetos sagrados y los Penates patrios./ a mí, recién salido de tan horrenda lucha y mortandad, /no me está permitido poner mi mano en ellos” *Eneida*, II, 718-20). Muerto Anquises, será Eneas el jefe y sacerdote de los Penates, agregándose a aquellos que los han acompañado desde Troya (Cf. *Eneida*, III, 155-160), su propio “divino padre”: “Sacrifica, conforme a lo prescrito, [...] y evoca el alma del egregio Anquises y a sus Manes libres ya del Aqueronte” (Cf. *Eneida*, IV, 45-60, 75-85, 98-99).

³²“El fuego del hogar era, pues, la Providencia de la familia”, escribe Foustel de Coulange; en otra escala, aquel fuego sagrado que salva Eneas y que Anquises cuida con esmero, era la Providencia del clan; en su momento, lo será de la ciudad, de la patria (que, precisamente por eso, es llamada “patria”, pues en esa tierra descansan los padres, aquellos cuyo espíritu se invoca en el hogar, a quienes se ofrecen sacrificios y libaciones, comida ritual, para gozar de su protección). “Es un fuego puro ... No se le pide únicamente la riqueza y la salud; se le ruega también para obtener de él la pureza del corazón, la templanza, la sabiduría ... Es a la vez fuente de la riqueza, de la salud, de la virtud” FOUSTEL DE COULANGE, *La Ciudad Antigua*, Obras Maestras, (Barcelona, 1987) pp.29. 34

Estas sentencias del rey o príncipe, fueron llamadas por los griegos *θέμιστα*, pues se las tenía como inspiradas por *θέμις*. Themis, una de las diosas antiguas, hija de Urano y Gea, era la personificación de la justicia y del lógos eterno que gobierna todas las cosas. Ella inspiraba la decisión adecuada a dioses y hombres; ella era, en última instancia, la que enseñaba a los hombres a vivir y a convivir, fijando las principales líneas de conducta.³³

Un ejemplo particularmente claro de lo que venimos diciendo puede hallarse en *Las Euménides*, la tercera tragedia de la *Oretía* de Esquilo. El argumento, en resumen, trata de una venganza de sangre encadenada pues, conforme al antiguo tabú —la prohibición de derramar la “propia sangre”, de matar al miembro de la propia tribu o clan— el asesino debía morir asesinado a su vez.³⁴ El juicio de Orestes, pues de él se trata, se lleva a cabo en lo que será el Aerópago de Atenas. Las partes presentes son el acusado, asistido por Apolo, el dios instigador del ajusticiamiento de Clitemnestra, las Erinias, vengadoras de la sangre, que reclaman la vida de Orestes, los ancianos de la ciudad que deben decidir la suerte del acusado, y la propia Atenea, personificación de la sabiduría de Zeus.

Dos preceptos antiguos han entrado en conflicto: aquel que prohíbe el asesinato, particularmente de los que comparten la misma sangre (madre e hijo, en este caso) y el que hace sagrados los juramentos de Hera y el lecho conyugal. Ambos están protegidos por los dioses. En el caso, para vengar la profanación del segundo, Apolo ha ordenado la violación del primero, aunque, como él mismo replica, su oráculo no ordenó matar a una madre, sino vengar a un padre, “...*porque el lecho/ do el destino juntó a esposa y esposo/ es más fuerte que todo juramento,/ por ley sagrada protegido*”.³⁵

Cada parte presente su alegato y, finalmente, la misma Palas Atenea dice:

³³ Señala Summer Maine que para los antiguos “la sentencias mismas eran dictadas al juez por la divinidad (...) no concebían una acción constante o periódica sin la existencia de una personalidad a quien referir la acción”. Cf. SUMMER MAINE, H., *El derecho Antiguo. Parte general* Civitas (Madrid 1983), p. 15

³⁴ La primera parte de la trilogía (*Agamenón*), comienza con el regreso triunfal del rey a Argos, donde lo espera su esposa, adúltera y dispuesta a darle muerte. El crimen primero —el desencadenante de la venganza de sangre— ha sido el sacrificio de Ifigenia, hija de ambos, por parte Agamenón. Clitemnestra da muerte al marido y a su esclava-amante, la troyana Casandra, y lo hace con la conciencia de que obra impulsada por un *daimon*, pues la sangre de su hija reclama la sangre del padre, vertida violentamente. En la segunda parte, *Las Coéforas*, hace su aparición Orestes, hijo de los anteriores, quien con el apoyo de su hermana Electra llevará a cabo, a su vez, la venganza de sangre, asesinando a la madre y al amante. Pero las Erinias, antiguas deidades custodias de la sangre, exigirán a su turno la muerte del matricida. Orestes, perseguido por aquellas, huirá buscando el auxilio de Apolo, el joven dios que le ordenara ajusticiar a su madre. Impulsado por el hijo de Latona, llegará a la ciudad de Atenea, donde se decidirá su suerte.

³⁵ ESQUILO, *Las Euménides*. No contamos con una edición crítica ni bilingüe. Nos remitimos a la de Cátedra, Madrid, 1998, pp. 383-384.

¿Puedo, pues, ya ordenar, que, en conciencia
emita este jurado un justo fallo
puesto que ya se ha hablado lo bastante?

.....
Oíd lo que dispongo, oh habitantes
del Ática, que hoy, por vez primera
en un pleito juzgáis de asesinato.
Desde ahora en adelante
Y para siempre, tendrá
Como tribunal augusto,
De Egeo el pueblo, esta corte.

.....
ahora el momento ya es llegado
de poneros de pie, y vuestro voto
depositar, y emitir la sentencia
manteniéndoos fiel al juramento.

He dicho.³⁶

Es interesante notar que no será Palas quien sentencie sino los ciudadanos, aunque a ella toque votar la última para zanjar la cuestión. Es, en última instancia, la hija de Zeus quien cambia la costumbre antigua con su voto favorable a Orestes. Pero, su actuación más importante radica en convocar la asamblea de los ancianos para que sean ellos quienes juzguen, inspirados por la diosa. Es muy interesante también que se diga expresamente *hoy, por vez primera en un pleito juzgáis de asesinato*, porque, esta sentencia primera “sentará precedente”.

Con el tiempo, cuando se presente otro caso semejante, aquella sentencia inspirará la conducta a seguir y la sentencia subsiguiente, fundándose en que así lo establecieron los padres de la patria quienes, en los tiempos primordiales, recibieron de los dioses las leyes de la ciudad. Contra la opinión más común, Summer Maine escribe “éste es el germen o rudimento de la costumbre, concepción posterior a la de los *themistas* o sentencias”.³⁷ Destaca este autor que:

... la palabra con que los poemas homéricos designan a la costumbre en embrión es *themis* en singular, y más frecuentemente *diké*, cuyo significado fluctúa visiblemente entre sentencia y costumbre.³⁸

Su tesis resulta interesante porque permite vislumbrar el alcance de la costumbre en los tiempos primordiales y la fuerza de las *mores maiorum*. Éstas no surgieron por la mera repetición de conductas sociales que el grupo aceptaba sin discusión, simplemente porque así se daban las cosas. Como afirma Cueto Rúa, esa “conducta de los miembros de la comunidad que se repite en circunstancias similares” expresa un sentido, pone de

³⁶ ESQUILO, *Las Euménides*, 408.410. El subrayado es nuestro

³⁷ SUMMER MAINE, H. *El Derecho Antiguo*, p. 15. Aunque utilice los nombres griegos, el estudio del autor no se limita al mundo griego; el común denominador indoeuropeo permite hacerlo extensivo a Roma y, aun, a la India, si bien el paso del tiempo y las cambiantes circunstancias vayan separando a los pueblos, delineando su fisonomía propia y configurando sus particulares manifestaciones culturales.

³⁸ SUMMER MAINE, H., *El Derecho Antiguo*, p. 16.

manifiesto una elección³⁹. Podríamos decir que demuestran que los miembros del grupo las tenían por “inspiradas”.

La fuerza de las costumbres radica en el carácter sagrado de su contenido; eran expresión de Themis, que enseña a dioses y hombres todo aquello que hace a la conservación del orden social, a las instituciones que dan cohesión y sustento a la vida social. No se trataba de leyes puestas por un hombre, ni siquiera por una asamblea de varones libres; no eran objeto de votación, ni las podía cambiar la voluntad humana.

Tan viejas como la ciudad, el fundador las *colocó* al mismo tiempo que *colocaba* el hogar, *moresque viris et moenia ponit*. Las instituyó al mismo tiempo que instituía la religión.⁴⁰

Y a nadie se le ocurría pensar que el fundador las había creado: él las recibía de los dioses.

Lo anterior nos permite comprender que las *Mores maiorum* no debían su vigencia al mero hecho de su antiquísimo origen. Su fuerza no se fundaba en el haber sido legadas por los padres a las generaciones futuras; mucho menos en la circunstancia —secundaria, toda vez que lo normal es el cumplimiento espontáneo del derecho— de que pudiera ser impuesta (la conducta debida) o impedida (la conducta lesiva) coactivamente. Su fuerza radicaba en su vinculación con lo religioso, con lo nómico *Mos est institutum patrum*, (institución de los padres, algo firmemente establecido por ellos), *memoria veterum pertinens maxime ad religiones caeremoniaque antiquorum*.⁴¹ Eran, al decir de Fustel de Coulange “la religión misma aplicándose a las relaciones de los hombres entre sí”.⁴²

Esto nos lleva a otra característica de aquel derecho primitivo, identificado con las *mores maiorum*. Decir que era un derecho “consuetudinario” significa, no el mero hecho de no estar escrito —por otra parte, la escritura es una conquista tardía de los pueblos—, sino que se trataba de un con-

³⁹ CUETO RUA, J., *Fuentes*, pp. 22-23.

⁴⁰ FUSTEL DE COULANGE, *La ciudad antigua*, p. 229.

⁴¹ Cf. supra p. 9 la cita de Ernout-Meillet. La palabra *institutum-i*, que bien puede traducirse también por “costumbre” (de hecho, la afirmación citada está identificando ambas cosas) esconde en su estructura la raíz indoeuropea *STa* a la que ya nos hemos referido. La raíz *STa* y sus derivados, indican siempre lugar o permanencia en un lugar.

1- Basic form: *ST - : Latin: stare, status, statua, statutus, statura. Russian: suffixed from “staretz” (old, long standing. Middle Dutch: “stad”, place, latin: ‘statio’. Old English: “stede”, place.

2- Suffixed form “stau -ro”. Latin: “instaurare”, etc. Greek: “stauros”, cross, post, etc.

3- Reduced form st. Latin: “sistere” = prefix: ad-, con-, de-, ex-, in-, per-, re-, sub-. Greek: “histanai” = prefix: apóstasis, katastasis, éxtasis, etc.; “histos”, web, tissne > “histo-”; “stylos”, pillar etc.

Cf. INDO-EUROPEAN ROOTS, in *The American Heritage, DICTIONARY*, ed. Willam Morris, N. York, 1969.

El verbo *sto-as-are* puede traducirse sencillamente como *estar*; pero, si bien significa la presencia en un lugar, no se agota en esto. Pues, por empezar, designa un modo peculiar de presencia: un estar de pie, derecho, erguido. De allí que se use para significar la permanencia en un sitio, la firmeza, tanto en relación con el lugar como con el tiempo. Así se dice, p.e., de las naves ancladas y del mástil, que están. Por extensión, indican no sólo una postura física, sino una actitud del ánimo: está el que persevera, el que tiene la disposición del combatiente y mantiene firmemente su posición; el que, de hecho, combate, el que subsiste, el que es fiel.

⁴² FUSTEL DE COULANGE, *La ciudad antigua*, p. 229.

junto de usos y prácticas habituales, en el sentido fuerte señalado oportunamente: una disposición estable en los miembros del grupo para obrar de determinada manera; una manera de conducirse regularmente, obligatoria, que era dable esperar de todos los ciudadanos, porque había echado profundas raíces en la sociedad toda, en la cultura propia, en la lengua.⁴³

Se trata, por lo mismo, de un derecho “vivo”, esto es, vivido, encarnado en las instituciones y en los hombres; un derecho que se aprende en el seno de la familia, de la tribu, de la *civitas*⁴⁴; que se aprende por imitación más que por reflexión, porque se enseña principalmente con la conducta, con el ejemplo.⁴⁵ También aquí radica su vigor. En este sentido puede entenderse la definición que de ella ofrece Di Pietro: “hábito jurídico practicado desde un cierto tiempo en forma regular, constante, pública y pacífica, en un determinado grupo social, con espontaneidad y con la general conciencia de su valor normativo”.⁴⁶ Se entiende así por qué la costumbre, en aquellos tiempos del derecho quirritario, no era tenida por “fuente” del derecho, sino por el derecho mismo, un aspecto constitutivo de éste.

¿A quién correspondía conservar la memoria de estas sagradas costumbres? En principio a todos, evidentemente, pues todos se identificaban con los modelos por aquellas presentados; pero, muy especialmente, a los sacerdotes⁴⁷ a quienes, por su estrecho contacto con lo divino, se suponía más aptos para recordar e interpretar los mandatos de los dioses y recibir su inspiración. Además, en sus orígenes, no se distinguían claramente los preceptos religiosos, morales y jurídicos; eso vendrá después.⁴⁸ Eran ellos, los quirrites, los encargados de “conservar las declaraciones y sentencias de

⁴³ Conviene tener presente que, como señala Di Pietro, el derecho no escrito o consuetudinario romano no se reduce a las *mores maiorum*. Citando a Cicerón, en su anotación a las *Institutas* de Gaius, señala: “Ya Cicerón habla del ‘*ius consuetudinis*’ como ‘*id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit*’ (de inv. 2, 22, 67)” *Institutas* I, 2 nota 2 c. No obstante ello, es indudable que el corazón, el núcleo de aquel derecho está constituido por las *mores maiorum*.

⁴⁴ Durante muchas generaciones, las leyes no estuvieron escritas; se transmitieron de padres a hijos, con la creencia y la fórmula de la oración. Eran una tradición sagrada, que se perpetuaba en torno del hogar de la familia o del hogar de la ciudad. En el momento en que empezaron a ser escritas, se las consignó en los libros sagrados, en los rituales, entre oraciones y ceremonias” FUSTEL DE COULANGE, *La ciudad antigua*, p. 231.

⁴⁵ Lo cual no le resta “racionalidad”. Disentimos con Summer Maine en cuanto afirma que: “en la infancia del género humano ... no se piensa, y el derecho apenas llega a los límites de la costumbre, es más bien un hábito; el est dans l’air, como dicen los franceses” *El Derecho antiguo*, p. 17. Desde que hay hombre hay pensamiento, aún cuando deba reconocerse una evolución —no siempre ni en todas partes del mismo signo e intensidad— o desarrollo de la inteligencia humana. El subrayado es nuestro.

⁴⁶ DI PIETRO, A.- LOPIEZA ELLI, A., *Manual de Derecho Romano*, Depalma, (Bs. As. 1991), p. 62.

⁴⁷ Recordemos que, en los tiempos primigenios, el rey tenía funciones sacerdotales. Por otro lado, lo más lógico es confiar la custodia de las costumbres a una aristocracia. Como bien señala Bonfante “el último origen del Derecho está en la *conciencia del pueblo*. Esta conciencia es más clara y determinada en las clases elevadas de la sociedad, principalmente en la de los juristas” que, por aquel entonces, eran también sacerdotes. Cf. BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, Reus, (Madrid, 1979), p. 22.

⁴⁸ “Las más antiguas leyes de Roma, llamadas leyes reales, [...] se aplican lo mismo al culto que a las relaciones de la vida civil. [...] En roma era una verdad reconocida que no se podía ser buen pontífice si se desconocía el derecho, y, recíprocamente, que no se podía conocer el derecho si se ignoraba la religión. Los pontífices fueron, durante mucho tiempo, los únicos jurisconsultos.”

valor de precedente, explicitar los recitados y procedimientos rituales del accionar en justicia, y las fórmulas de los actos jurídicos,⁴⁹ en estar a disposición de los miembros de la comunidad par dar respuesta (*ad respondendum*) sobre el ius, para precaver (*ad cavendum*) sobre efectos y formas de futuros negocios jurídicos y para proporcionar reglas para accionar (*ad agendum*) en justicia”.⁵⁰

Esta época, de la que escribe Gaius: “*initio civitatis nostræ populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit, omnia quæ manu a Regibus gubernabantur*”,⁵¹ es la aquella de la plena vigencia de las mores maiorum. Las palabras del gran jurista pueden inducirnos a menospreciar aquellos tiempos, en parte porque los miramos desde nuestra perspectiva moderna (o postmoderna).⁵² Conviene, entonces, entenderlas en el contexto histórico-cultural en que han sido dichas. Y recordar aquello del poeta:

*Moribus antiquis res stat Romana virisque.*⁵³

A sus costumbres, siéndolo por antonomasia las *mores maiorum*, y a sus varones, debe Roma lo que llegó a ser; a aquellas costumbres hechas carne en sus hombres, dotadas de una potencia informante y transformante de las conductas sociales porque fundadas en el culto y la fe. En este sentido, es interesante la afirmación de Bonfante para quien, el derecho quirritario es el derecho “genuinamente romano”, aquel que “proporciona órdenes jurídicos adaptados a una sociedad restringida, de vida sencilla y rústica”, cual lo fuera Roma por aquel entonces.⁵⁴

FUSTEL DE COULANGE, *La ciudad antigua*, p. 227. En el mismo sentido, ERNOUT-MELLET: “Toutefois, pur Ciceron, la connaissance de *ius* était encore une obligation des pontifes: *pontificem bonum neminem esse nisi qui ius civile cognosceret. De legibus* II, 19”. Voz *ius*. De todos modos, Roma distinguió desde muy temprano entre *fas* y *ius*, designando el primero a las leyes divinas, invariables, intocables por parte del hombre, y el segundo a las leyes humanas, que podían y, en algunos casos debían, modificarse para adaptarse a las cambiantes necesidades de la vida social. Cf. KRÜGER, P., *Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano*, La España Moderna, (Madrid, s/f), p. 5.

⁴⁹Para los antiguos, *ius* designaba, en sus orígenes una “formule religieuse qui a force de loi”. Por eso, el juramento (*ius iurare*) consistía en la pronunciación de una palabra sagrada, sacra, de una fórmula —siempre la misma— que ataba a quien la pronunciaba. ERNOUT-MELLET, *Dictionnaire* voz *ius*. Destaca FUSTEL DE COULANGE que la fuerza de la palabra pronunciada en el juramento se relacionaba con el carácter sagrado de ella: “sólo agradaba a la divinidad si se la recitaba exactamente, y se hacía impía si una sola palabra cambiaba en ella... Lo que obligaba al hombre en este derecho antiguo no era la conciencia ni el sentimiento de lo justo, sino la fórmula sagrada... Donde no había fórmula, no existía el derecho” *op. cit.*, p. 232. Por su parte, D’ORS señala que la fuerza del juramento se fundaba en una fides deorum, ya que se hacía ante Júpiter; de allí que el perjurio se castigara con la *execratio*, que exponía al perjurio a la venganza divina. Cf. *Derecho Privado Romano*, EUNSA, (Pamplona 1991), p. 43.

⁵⁰DI PIETRO, A., *Manual*, p. 68.

⁵¹*Digesto* I, 2, 1.

⁵²No puede negarse que en todo tiempo ha habido quienes han manipulado el poder en beneficio propio; pero ni el peor tirano de aquellos tiempos remotos pudo soñar siquiera con el que hoy gozan los gobernantes de democráticos estados. Por otro lado, el totalitarismo es un fenómeno moderno. Occidental y moderno.

⁵³ENNIUS, *Annales*, 500, DUCOS, M., *Les romains et la loi*, Les Belles Lettres, (Paris, 1984), p. 428.

⁵⁴“Una serie de organismos políticos, el uno inferior al otro, la *civitas*, las *gens*, las *familia*, como en las edades primitivas, de las que la fuerza precoz del Estado romano, constituido sobre la base de la *civitas*, no deja sobrevivir más que el último grupo, la *familia*. Economía esencialmente agrícola, propiedad dividida entre los jefes de las *familia*, pero basada sobre los intereses de la agricul-

Fue el respeto de las *mores maiorum* lo que impidió que el *ius* se desvinculara de la práctica, asegurando su plena vigencia⁵⁵. Cuando, por diversas circunstancias, se vea la conveniencia de perpetuar la memoria de estas costumbres fijándolas por escrito y el derecho consuetudinario ceda el primer puesto al derecho escrito, también serán las *mores* las que den fuerza a las leyes porque “el derecho es norma de las acciones humanas en la vida social”,⁵⁶ y esto es verdaderamente así cuando arraiga en las conductas de los súbditos, ya que el respeto de las leyes depende, en última instancia, no del temor a su imposición coactiva, sino de los hábitos de conducta sociales. Por lo demás, la Ley de las XII tablas fue, básicamente, una enunciación del derecho vigente, esto es, de la costumbre, de las *mores maiorum*.⁵⁷

Mas llegará un momento también en que las antiguas *mores* que constituyeron los cimientos y las murallas de Roma, se corromperán. Entonces, ya no bastarán las leyes para establecer el derecho y la justicia, porque las malas costumbres, las prácticas y usos sociales corruptos, tornarán inermes las leyes. Y porque el derecho que no informa la vida cotidiana de los hombres está condenado a desaparecer, aunque se pretenda imponerlo por medio de leyes y sanciones. Como señala Ducos, siguiendo la reflexión de los escritores romanos del s. I a.C.: “de mauvais mores rendent les lois sans force. Ces dernières sont incapables de retenir les citoyens lorsque leur comportement obéit à d’autres principes”.⁵⁸

*Moribus antiquis res stat romana virisque (...) Nam neque vire, nisi ita morata civitas fuisset, neque mores nisi hi viri præfuissent aut fundare aut tam diu tenere potuissent tantam et tam fuse lateque imperantem rem publicam.*⁵⁹

tura; formas y ceremonial jurídico casi exclusivamente de palabras solemnes y fijas, ... Las XII Tablas, el *ius civile*, elaborado por la jurisprudencia de los Pontífices, son la expresión de esta época” BONFANTE, P., *Instituciones*, pp. 10-11. Si bien el autor apunta a la Ley de las XII tablas, habida cuenta de que ésta es expresión de lo que hasta entonces ha regido consuetudinariamente, lo dicho vale para el derecho primitivo no escrito.

⁵⁵ Cf. D’ORS, *Derecho privado*, p. 48.

⁵⁶ BONFANTE, *Instituciones*, p. 6.

⁵⁷ En este sentido, DI PIETRO, A. *Manual*: “En la ley decenviral sólo se inscriben algunos preceptos que aparecen como aisladas expresiones de todo un sistema latente o subyacente. Es decir, de toda una masa normativa consuetudinaria —*mores maiorum*— y doctrinaria —la interpretación pontifical— y de pronunciamientos de la *iurisdictio del rex* y los magistrados sucesores, la ley de las XII tablas ha seleccionado algunas reglas o criterios...” pp. 72-73. En el mismo sentido SUMMER MAINE afirma que “el código romano se limitaba a enunciar las costumbres que existían en el pueblo”. Distingue dos momentos en las costumbres: 1- aquel de “los usos que una comunidad adopta en su infancia y en su territorio primitivo, (que) son generalmente las más propias par favorecer el desarrollo de su bienestar moral y físico, y si se las conserve en conjunto hasta que nuevas necesidades sociales hayan enseñado una práctica nueva, la marcha de la sociedad se asegura poco a poco”; 2- aquel de la observancia, por parte de “multitudes incapaces de comprender las razones de su utilidad” que anquilosa la vida social y obstruye su desarrollo. Él entiende que la Ley de las XII tablas fue redactada en el momento justo, “cuando las costumbres del pueblo eran aún puras”, cosa que no ocurrió en otros pueblos, v.g., en la India, donde se plasmaron las costumbres ya degradadas por el agregado de explicaciones irracionales y supersticiosas. Cf. *El Derecho antiguo*, pp. 24-25.

⁵⁸ DUCOS, M., *Les romains*, p. 429. La autora trabaja sobre textos de Plauto, Salustio, Tito Livio. Esta degradación de las costumbres a la que ellos atribuyen la decadencia de Roma pasa principalmente por la desaparición de la virtud y el amor desmedido del poder, las riquezas y la lujuria. Cf. cap. IX, *La loi, les moeurs et l’éducation*, pp. 427-460.

⁵⁹ CICERÓN *De re publica* V, 1, 1: DUCOS, *Les romains*, p. 432, nota 23.

5. Reflexión final

La grandeza del legado de Roma (otro tanto podría decirse de Grecia), lo que la hizo magna y regia, estriba en su elección de la razón por sobre el instinto, o, si se prefiere, de lo específicamente humano por encima de lo genéricamente animal. Durante siglos, la humanidad ha recorrido un camino evolutivo, hecho de avances y retrocesos (muchos más de los que se desearía), de levantamientos y caídas, de descubrimientos luminosos del ente y su realidad y falsas concepciones, prejuicios y errores.

Abierto al ser y a la verdad, sediento del ser y del bien, el hombre deambula empujado, no obstante, también por lo que las Escrituras Sagradas llaman las “concupiscencias”: por su afán de posesión y de auto conservación, por su hambre de placer y de autosatisfacción, por su deseo de dominio y de perpetuidad, por su aversión a la muerte y a la caducidad. Aquello y esto último caracterizan dos tendencias innatas al hombre; ni lo uno ni lo otro exclusivamente; sí más marcado uno u otro, en éste o aquel hombre, en ésta o aquella sociedad o momento histórico de una sociedad.

Visiones reductivas del hombre se han dado a lo largo de toda la historia, producidas por una mirada miope de su compleja naturaleza. Apoyado sobre estas antropologías, también el derecho —y la sociedad— se ha entendido de muy diversas maneras.

Roma y Grecia, romanos y griegos, surgidos de un tronco común, indoeuropeo, han superado el obstáculo no vencido por otros pueblos de idéntico origen. Sin negar la inclinación del hombre a lo que, en definitiva, lo conduce a su destrucción y a la nada, han descubierto aquella otra, propiamente humana, que lo hace capaz de perfección, de crecimiento, de nobleza. Los griegos, de un modo más especulativo, los romanos, de un modo más práctico, han reflexionado sobre el valor de la costumbre y su papel en la estructuración de la persona y de la sociedad.⁶⁰

Ambos han descubierto la necesidad de la vida social y del derecho para hacer del ser humano un hombre en plenitud. Esto implica acomodar las conductas de todos los miembros de la ciudad o del grupo para así asegurar la concordia, sin la cual no se puede obtener el fin común. Ahora bien, para que esto sea en verdad un “estado de derecho” (y usamos la palabra “estado” en el sentido fuerte de la raíz *Sta* y la palabra “derecho” para indicar “lo justo objetivo”) es preciso que se cimente sobre hábitos personales de los súbditos. Pues, como claramente dice Aristóteles “la ley no tiene ninguna fuerza para impeler a la obediencia fuera de la fuerza de la costumbre, y la costumbre solo crece y se desarrolla durante un largo lapso”.⁶¹

⁶⁰ Somos conscientes del anacronismo que supone utilizar este término (persona) en un contexto filosófico y jurídico pagano, toda vez que la noción de persona es originaria del pensamiento cristiano y nace en sede teológica. No obstante, tampoco nuestra palabra “individuo”, que sería la que empleasen muchos, obedece a la idea que sobre el hombre tenían los antiguos. En todo caso, salvando estas distancias lingüísticas y culturales, permítasenos emplear la palabra más exacta cuando se quiere decir lo que el hombre es y está llamado a ser.

⁶¹ ARISTÓTELES, *Política* II, 5, 1269 a. Carecemos de una edición bilingüe, por lo que hemos utilizado la traducción de SAMARANCH, P., *Aristóteles*, Aguilar, (Madrid, 1964).

Los griegos teorizaron acerca de la costumbre.⁶² Estaban convencidos de la necesidad de “gravar la ley en las costumbres”.⁶³ Los romanos no escribieron demasiado sobre ellas hasta que comenzaron a relajarse; hasta entonces, las *mores* estaban firmemente arraigadas en el espíritu romano, creando un orden que se imponía por sí solo, pues las conductas que lo causaban y conservaban eran observada espontáneamente, con la convicción de su bondad y conveniencia. Cuando ese edificio comenzó a resquebrajarse apareció la reflexión moral o lo ético como un problema, lo cual es una de las características de toda época de crisis. Y con ella, la denuncia de las nuevas y desordenadas costumbres.⁶⁴

En estos tiempos en que se declama el “estado de derecho” (claro que entendido como “imperio de la voluntad general”), en que el número de leyes crece desmesurada e inconteniblemente, conformando un monstruo inasible, en que la crisis ha tocado los fundamentos últimos de la vida humana, la experiencia y la sabiduría de los antiguos puede darnos luz.

Ce n'est pas là (les lois rédigées avec précision) ce que cause le progrès dans la vertu, mais bien les habitudes de chaque jour; car la plupart des gens finissent par avoir des mœurs semblables à celles dans lesquelles chacun d'eux a été élevé. Aussi le nombre et la précision de nos lois est-il un signe que notre ville est mal organisée, nous en faisons des barrières pour nos fautes et sommes ainsi forcés d'en établir beaucoup. Or les bons politiques doivent, non pas remplir les portiques de textes écrits, mais maintenir la justice dans les âmes; ce n'est pas par les décrets mais par les mœurs que les cités sont bien réglées.⁶⁵



⁶² Cf. DUCOS, M., *Les romains*, cap. IX, 2.

⁶³ “Pour assurer le respect des lois, il convient donc de transformer un comportement conscient, mais né de la contrainte, en une conduite quasi-instinctive, née de l'habitude. En un mot, il faut “gravar la loi dans les mœurs”. DUCOS, M., *Les romains*, p. 435.

⁶⁴ DUCOS, M. *Les romains*, pp. 428-33. Traduce un texto de Plauto que reza: “Les mœurs ont fini par réduire les lois en leur pouvoir et celles-ci leur sont plus soumises que les parentes à leurs enfants. Les malheureuses sont fixées au mur par des clous de fer, alors qu'il en serait que trop just d'y clouer les mauvaises mœurs” *Trinummus*, pp. 1037-1040; cf. p. 428, nota 3

⁶⁵ ISÓCRATES, *Aeropagitique* 40-41, DUCOS, M., *Les romains*, p. 437.

Bibliografía

- ARANGIO-RUIZ. *Historia del Derecho Romano*, REUS (Madrid 1984), 527 págs.
- BALAGUÉ, M. *Diccionario griego-español*, C.B.E. s.a. (Madrid 1960).
- BONFANTE, P. *Instituciones de Derecho Romano*, REUS (Madrid 1979), 711 págs.
- CUETO RUA, J. *Fuentes del Derecho*, Abeledo-Perrot (Bs.As. 1999), 222 págs.
- D'ORS, A. *Derecho Romano Privado*, EUNSA (Pamplona 1991).
- DI PIETRO, A.-LOPIEZA ELLI, A. *Manual de Derecho Romano*, Depalma (Bs. As 1991).
- DUCOS, M. *Les Romains et la Loi*, Les Belles Lettres (París 1984).
- ERNOUT, A.-MEILLET, A. *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine. Histoire de mots*, Kincksieck (París 1979).
- FONTOYNONT, V. *Vocabulario griego. Comentado y basado en textos*, Sal Terrae (Santander 1954), 131 págs.
- FOUSTEL DE COULANGE, *La ciudad antigua*, Obras Maestras (Barcelona 1987), 507 págs.
- GAIUS, *Instituta*. Traducción, notas e introducción Di Pietro, A., Abeledo Perrot (Bs. As. 1987), 823 págs.
- THE AMERICAN HERIAGE, *Dictionary. Indo-european roots*, Willam Morris (New York 1969).
- KRÜGER, P. *Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano*, La España Moderna (Madrid s/f).
- LAMAS, F. *La experiencia jurídica*, I.E.F.S.T.A. (Bs. As. 1991), 584 págs.
- MACCHI, L. *Diccionario de la Lengua latina. Latino-español; español-latino*, Don Bosco (Bs. As. 1966).
- MASSINI CORREAS, C. *Filosofía del Derecho. El Derecho y los derechos humanos*, Abeledo-Perrot (Bs.As. 1994), 286 págs.
- PUIG BRUTAU, J. *La jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch (Barcelona s/f).
- SAMARANCH, P. *Aristóteles. Obras*, Aguilar (Madrid 1964).
- SOAJE RAMOS, G. "El concepto de Derecho. Examen de algunos términos pertinentes" en *Circa Humana Philosophia*, III, I.E.F.S.T.A. (Bs.As. 1998), págs. 77-105.
- SUMMER MAINE, H. *El Derecho Antiguo. Parte general*, Civitas (Madrid 1993), 118 págs.
- VIGO, R. *Las causas del Derecho*, Abeledo-Perrot (Bs. As. 1983), 182 págs.